

## 法曹を目指すにあたって：刑事裁判官の立場から

著者名(日)	高橋 省吾
雑誌名	山梨学院ロー・ジャーナル
巻	3
ページ	101-118
発行年	2008-07-18
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1188/00000179/">http://id.nii.ac.jp/1188/00000179/</a>

## 法曹を目指すに当たって ——刑事裁判官の経験から——

高橋 省 吾

### はじめに

私は、昭和41年（1966年）4月に司法研修所に入り（20期）、2年間の修習を終え、昭和43年4月に東京地裁刑事部に判事補として任官しました。以来、約40年間にわたり、主として刑事裁判を担当してきました。今日は、ウォーミングアッププログラムの中で、何か話して欲しいとの依頼を受けましたので、「法曹を目指すに当たって」と題して、司法修習生時代を含め、これまでの法曹としての仕事、生活を通じて気付いたこと、感じたことなどをお話させていただきます。

### 1 司法研修所前期修習の思い出

最初に前期修習を取り上げたのは、二つの理由があります。大学法学部の法律の勉強と前期修習の実務教育の間には、相当の乖離があったこと、前期修習で習得したことが、その後の法曹としての原点をなしていることであります。

前期修習では、どのような教育が行われていたか裁判関係で紹介しますと、民事裁判は、証明責任の分配についての法律要件分類説に基づき、要件事実（主要事実）と事情の振り分け、訴訟物の特定、請求原因の記載、抗弁と理由付否認の区別、抗弁、再抗弁の構成等の事実整理を行って、民事判決の起案をしました。法学部では、実体法の解釈が中心で、証明責任の分配による事実整

理は全く予想していなかったため、理解するまでに相当の時間を要し、苦労した思い出があります。民法の条文の解釈が重要なことはもちろんですが、条文の構造、法律概念の正確な理解、判例の分析とその射程距離の把握が必要であること、いい加減な知識やアバウトな理解では事案の解決はできないことを痛感した次第であります。

刑事裁判にあつては、修習記録を読んで、事実認定、法令の適用をし、心証形成の理由や判決を起案することが中心でした。メモを取りながら修習記録（証拠）を丹念に読み、心証形成に必要な重要事実、証拠を見つけ出し、判決起案をするという訓練を受けたわけですが、このやり方は、その後地裁、高裁で刑事裁判官として、生きた事件を処理するときの姿勢と全く変わりありません。前期修習がその後の裁判官生活の原点となったといえましょう。刑事裁判修習においても、刑法の条文の正確な理解、判例の重要性を痛感したことはいうまでもありません。

私は、この前期修習の時期には、「柔らか頭で何でも吸収してやろう」という精神で、素直に、かつ、貪欲に実務教育のエッセンス、スキルの吸収に努めました。メモを取りながら記録を熟読して、証拠構造を分析し、心証を形成し、必要な判例・学説を調査して起案をし、教官の講評の後は、添削され起案について徹底的に復習しました。

法科大学院は、司法研修所の前期修習の役割を担う一面をもっております。私の経験からすると、法曹を目指す皆様には、柔軟な思考で、何でも吸収してやろうとの姿勢が大切ですから、このような心構えで積極的に知識、スキルの吸収に努めてもらいたいと思います。

## 2 法曹に期待されるもの

### (1) 司法制度改革審議会意見書（平成13年6月12日付け）

平成11年7月内閣の下に、司法制度改革審議会が設けられ、「21世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司

法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」ことを目的として掲げました。2年近くにわたり多数回の審議を経て平成16年6月同審議会の意見書をまとめ、数々の提言をし、その後、次々と新しい制度設計、法律の制定、改正が行われました。

同意見書は、法曹全般について、豊かな人間性や感受性、幅広い教養と専門的知識、柔軟な思考力、説得・交渉の能力等、さらに、社会や人間関係に対する洞察力、人権感覚、先端的法分野や外国の知見、国際的視野と語学力等を、法曹に必要な資質として、指摘しています。

社会が複雑多様化し、国際化し、しかも迅速な法的紛争の解決が求められる中で、公正かつ透明性のある紛争解決手段としての裁判の役割が大きくなり、今後、司法需要、司法に対する期待がますます高まることは必然であります。先般、プロ野球の球団合併問題や、ニッポン放送株争奪戦が民事事件となり、その後も M&A に関する事件など、社会的、経済的に関心の高い紛争が次々と仮処分手続の形で司法の場に持ち込まれ、迅速処理が求められているのもその現れであります。

行政事件訴訟法の一部を改正する法律（平成17年4月1日から施行）により、義務付け訴訟、差し止め訴訟等が法定され、行政訴訟に対する国民のアクセスがより容易になりました。特許関係の訴訟をより迅速に解決するという経済界の強い要望により、東京高裁に知的財産高等裁判所が設けられ、平成17年4月から全国的な規模で知的財産訴訟を処理しています。また、裁判の迅速化に関する法律が制定され（平成15年7月16日から施行）、第1審の訴訟手続については2年以内のできるだけ短い期間内にこれを終局させ、その他の裁判所における手続についても、それぞれの手続に応じてできるだけ短い期間内にこれを終局させることを目標としています。さらに、訴訟手続だけでなく、民事上の紛争の当事者がその解決を図るのにふさわしい手続を選択することを容易にし、国民の権利利益の適切な実現に資するため、裁判外紛争解決手続の利用

の促進に関する法律（いわゆる ADR 利用促進法）が制定され、平成19年 4 月 1 日から施行されています。

このように高まる司法需要の中で、法曹は常に法曹としての矜持と責任を自覚する必要があります。

## （2）法曹としての自覚

法曹としての自覚とは、端的に表現すれば、リーガル・プロフェッション（legal profession）を担うリーガル・プロフェSSIONナル（legal professional）という意識であると思います。法曹は、法律の専門家として、その専門的知識を活用して法的紛争を解決し、世の中の役に立つことから、世の中の人からそれ相応の尊敬を受け、相応の報酬を受けるものであります。そのためにはまた、特別のトレーニングをしなければならないのであります。法曹は、人の運命、利害を大きく左右する事件を専門的な法律知識を利用して解決することが求められているのですから、自分の能力、知識、経験等を精一杯活用して事件処理をするという意識、使命感が必要であります。このように法曹は法律専門家としての矜持と責任を自覚し、法曹としての使命感の重要性を常に意識すべきであります。

法曹としての自覚が必要であることから、法曹倫理が出てくると思います。例えば、弁護士法 1 条は、「①弁護士は、基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする。②弁護士は、前項の使命に基き、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない。」、同 2 条は、「弁護士は、常に、深い教養の保持と高い品性の陶やに努め、法令及び法律事務に精通しなければならない。」と、それぞれ規定し、これを受けて弁護士職務基本規程（旧弁護士倫理を廃止し、平成17年 4 月 1 日から施行された。）にも、同様の規定があります。

それでは、法曹を目指す皆様には、どのような資質、姿勢が求められるのでしょうか。項を新たにして述べてみたいと思います。

### 3 法曹を目指す皆様に求められるもの

#### (1) 基礎力

基礎力とは、要するに、基本をしっかり身に付ける、基本に忠実であるということであります。司法研修所教官と話しても、法科大学院では法律の基礎をしっかり固め、法的な思考方法を身に付けて欲しいといわれます。その方が実務教育にも対応でき、力が付くといえます。確かに、基本ができていなければ応用力も付きません。私は、大学の法学部で民法の教授から、法律概念は正確に理解し、記憶することといわれたことが頭に残っています。実務についても、実体法、手続法を問わず、アバウトな法律知識では、事案の解決に役立たないのであります。例えば、刑法108条の現住建造物等放火の犯罪構成要件、「焼損」の意味、民法177条の第三者の意義、など正確に理解していなければ、条文への当てはめはできません。

私は、事件処理に当たって、必ず、六法全書で関係する条文をチェックし、法改正の有無を確かめ、教科書、コンメンタールで条文の解釈を確認し、必要な判例を調査した上で、判決起案を行いました。司法研修所編の「刑事判決書起案の手引」を参照し、犯罪事実や証拠の標目の記載、法令の適用に誤りがないかを確認することも当然であります。そして、一つひとつの事件を丁寧誠実に処理することに心掛けてきました。記録に徹すること、すなわち記録を熟読することが事件処理の基本であると先輩からいわれましたが、この助言を忠実に守ってきました。この姿勢は全く正しかったと確信しております。

#### (2) 問題意識をもつこと

教科書、判例を読むときのみならず、講義等においても、「論者はどうしてこのような結論を支持しているのか」、「判例のいうところは何か」、この「なぜ」、「どうして」という問題意識を常にもって、自分の頭で考えていただきたい。疑問とするところを、教科書の余白に書き入れてもいいし、問題ノートで

作ってもいい。私は、修習や実務において生じた疑問点をノートにメモし、後に参考文献や判例等を調べて解答を記入していました。この積み重ねが後に大きな財産になるように思います。

平岩外四元東京電力社長・経団連会長は、社員の心構えとして、「基本になることをしっかり身に付けていただきたい。その上に立って常に問題意識をもってもらいたい。問題意識のあるところに常に進歩があると信じている。まず、自分に与えられた仕事について誰にも負けず第一人者になるんだということを常に心掛けて欲しい。」と述べておられます（大野誠治「人間平岩外四の魅力」51頁）。

### (3) リーガル・マインド (legal mind) を磨くこと

最近の若い人は、こういう問題ならこれが正解だと機械的に覚え、思考を停止させてしまう傾向が強い（いわゆる正解志向）といわれます。世の中の事象は、法律知識を当てはめれば直ぐ解決するというものではありません。法律、学説、判例もない、コンメンタールにも記載されていない事象がいくつもあります。そうかといって、法規を適用しやすいように、事実を歪曲してはいけません。解答は必ず1個とは限らないし、いくつもの解答の中から、その事象の解決にとって最も合理的なものを見出す必要があります。また、実務においては、正解のない問題も少なくありません。多面的、複眼的に検討した上、時には、解決のための時間的制約の中で、結果的にベストでなくても、より良い（ベターな）結論で満足せざるを得ないこともあります。要は、事象（状況）を分析し、色々な法律知識をつなぎ合わせ（結び付け）、自分の頭で考えて結論（解答）を出す、このように正解を急がず、自分で考える力を身に付けることが必要であります。その場合、物事は一面からではなく、柔らか頭で、多角的に見て、そして、その事案において、最も合理的（リーズナブル）な結論（解答）を見出すのであります。このような思考方法をリーガル・マインドと呼び、皆様にも是非身に付けていただきたいと思います。

藤井正雄元最高裁判事は、「未知の領域の法律問題に直面したときに、個々の法律についての専門的知識に足りないところがあっても、法体系全体の中で法の理念に照らして正しい回答は何かを見出す能力を備えていなければならない。それがリーガルマインドであろうと思われる。要するに、紛争の中にある問題点を発見し、法に照らして論理的に分析し、合理的な推論をする能力をいうものということができるであろう。」と述べておられます（藤井正雄「裁判官としての勉強について」司法研修所論集2004－Ⅰ《112号》93頁）。

また、リーガル・プロフェッショナルとしての法律家に必要とされる専門的法的思考様式・技法をどのように身に付けるかという観点から、legal mind 論をとらえ、リーガル・マインドとして挙げられている特徴として、①紛争や意見の対立に直面した場合、錯綜した状況を整理して、その中から法的に何が問題なのか、問題点を発見する能力（問題発見能力）、②法的に関連のある重要な事実・争点とそうでないものとを区別し、法的に分析する能力（法的分析能力）、③関係者の言い分を公平に聴き、適正な手続を踏んで、妥当な解決案を考え出す能力（適正手続感覚・問題解決能力）、④適切な理由に基づく合理的な推論・議論によって、きちんとした法的理論構成を行う能力（法的推論・議論・理論構成能力）、⑤正義・衡平・人権・自由・平等などの法的価値を尊重する感覚（正義・衡平感覚）、⑥全体的状況を踏まえて各論拠を比較衡量し、バランスの取れた的確な判断をする能力（バランス感覚）、⑦思考や判断の理由・過程・結論などを、関係者や社会一般に向けて説明し説得する能力（社会的説得能力）を指摘し、このような特徴をもつリーガル・マインドは、分析・議論・説得などの思考・表現力に加えて、適正手続感覚や正義・衡平感覚なども含んだ総合的な判断力であり、要するに、法律家がプロフェッションとして法による正義の実現という公共的職務に携わるために備えるべき能力と資質であり、伝統的に徳（virtue）と呼ばれている全人格的な品性のことである、法律家は、法律の条文や判例・学説についての単なる専門技術的な知識（knowledge）だけではなく、そのような知識を個々の具体的特殊な状況の中で法



的正義の実現のために臨機応変に活用する実践的知恵（practical wisdom）をも身に付けていなければならない、と説明されています（田中成明「法的思考について」司法研修所論集2006《116号》6頁）。

いずれも参考になる指摘があり、皆様も時間があれば直接文献に当たってください。

#### （4） バランス感覚、複眼的思考方法、利益考量（衡量）

裁判例、例えば、報道機関に対する搜索・差押えの適否（最高裁平成元年1月30日決定・刑集43巻1号19頁、最高裁平成2年7月9日決定・刑集44巻5号421頁）や、違法収集証拠の証拠能力（最高裁昭和53年9月7日判決・刑集32巻6号1627頁）に関する最高裁判例を見ますと、いずれも、その事件についての事実認定を前提にし、諸利益の比較考量に基づいて結論を出しています。また、民事ではよく「座りの良い判決」、「事件の座りの良い処理」ということがいわれますが、これは、実務では、事件を単に技術的に処理するのではなく、紛争の全体像をつかんだ上で、諸利益を比較考量し、改めて健全な常識に照らして、バランスのとれた落ち着いた良い解決は何かを探ることの必要性を表しているわけです。

このように事件を処理するにおいては、視野狭窄、猪突猛進型では危険であり、物事は、色々な角度から検討し、複眼的な思考をし、利益考量に基づいたバランスの良い解決を目指す必要があります。

半藤一利「昭和史（1926年～1945年）」502頁は、昭和史の教訓の一つとして、「何かことが起こった時に対症療法的に直ぐに成果を求める短兵急な発想です。これが昭和史の中で次から次へと展開されたと思います。その場その場のごまかしの方策で処理する。時間的空間的な広い意味での大局観が全くない、複眼的な考え方がほとんど不在であったというのが、昭和史を通しての日本人の在り方であった。」と述べておられます。参考にしてください。

(5) 分析と総合

ある事象を見る場合、個々の出来事を分析するとともに、その結果を総合的に判断しなければ、合理的な結論に達することはできません。これを刑事裁判について見てみましょう。

刑事裁判では、常に適正な事実認定を行い、罰すべき者は相応に罰し、無辜の者を罰しないということが鉄則であります。「事実認定は、刑事裁判の生命である」といわれる所以であります。そして、刑事裁判においては、厳格な証明手続により、合理的な疑いを超える（入れない）程度に証明（proof beyond a reasonable doubt）されなければ、被告人を有罪とすることはできません。この「合理的な疑いを超える」証明については、「元来訴訟上の証明は、自然科学者の用いるような実験に基づくいわゆる論理的証明ではなくして、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は『真実』そのものを目標とするに反し、歴史的証明は『真実の高度な蓋然性』をもって満足する。言い換えれば、通常人なら誰でも疑いを差し挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明ができたとするものである。だから論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる余地は存在し得ないが、歴史的証明である訴訟上の証明に対しては通常反証の余地が残されている。」とされています（最高裁昭和23年8月5日判決・刑集2巻9号1123頁）。

刑事裁判では、この原則に従い、事実認定を行うわけですが、実際の事件においては、自白事件だけでなく、自白がなく、情況証拠（間接事実）を総合して事実認定を行わざるを得ない場合が多くあります。この場合、情況証拠の分析と総合という思考方法が不可欠であります。まず、個々の情況証拠の存在を確定した上その証明力を分析し、その証拠判断を誤らないようにすることが大切であります。この判断を誤れば、「森を見て木を見ない」事実認定のそしりを受けるでしょう。また逆に、証拠の証明力は他の証拠の証明力に関係があるのが通常ですから、証拠全体の考察も必要であり、分析のみに終始すると、「木を見て森を見ない」誤った事実認定に至る危険があります。事実認定にお

ける思考方法の点では民事裁判も同様でしょう。

このような分析と総合という思考方法は、是非皆様も身に付けて欲しいと思います。

#### (6) 読解力と表現力など

裁判の場においては、自己の主張に関して種々の書面が提出されます（論告要旨、弁論要旨、控訴・上告趣意書、答弁書、準備書面等）。最近の司法試験の問題を見ても、事例問題で文章が長文になってきています。これらを読み解く力（読解力）、自己の主張を簡潔に達意の文章で又は口頭で論証する力（表現力、文章力、プレゼンテーション力）がこれからますます必要となります。私は、新聞の社説を読むことをお勧めします。簡潔で、かつ、分かりやすく、自社の主張を明確に述べております。利用し得る文章をメモしておく、後から役に立つでしょう。

また、民事刑事を問わず、事件の真の争点を把握するためには、当事者の主張に謙虚に耳を傾ける度量の広さ（寛容さ）が必要であり、そうでないと、早とちりの危険を生じます。聞き上手であることも必要でしょう。自己の見解に固執して、他人の意見に全く耳を貸さない独善的な姿勢は許されません。

#### (7) 変化する社会への対応力

社会が複雑多様化し、国際化していく中であって、法曹には、社会のニーズに応えるため、単なる法律的な知識、技術だけではなく、社会の様々な事象に対する幅広い理解と柔軟な思考力、優れた判断力が求められます。皆様も、流動する社会の状況を正確に把握し、それに対応できる能力、柔軟性を身に付けて欲しいと思います。

### 4 一つの最高裁判例を題材として

一つの最高裁判例を題材として、以上述べてきたことを検討してみましょ

う。最高裁昭和61年11月18日決定・刑集40巻7号523頁の事例です（詳細な解説として、安廣文夫・最高裁判例解説（刑事篇）昭和61年度276頁参照）。

本件の事案は、これを簡潔に述べると、甲と乙（被告人）が、当初は丙からその所持する覚せい剤を強取することを計画したが、その後計画を変更し、共謀の上、まず甲において、覚せい剤の取引の斡旋にかこつけて丙をホテルの一室に呼び出し、別室に買主が待機しているように装って、覚せい剤の売買の話をまとめるためには現物を買主に見せる必要がある旨申し向けて丙から覚せい剤を受け取り、これを持って同ホテルから逃走した後、間もなく、乙が丙のいる部屋に赴き丙を拳銃で狙撃したが殺害の目的を遂げなかった、という事案であります。

1、2審とも強盗殺人未遂罪の成立を認めましたが、2審判決（原判決）は、「①甲は、丙の意思に基づく財産的処分行為を介して本件覚せい剤の占有を取得したとはいえ、これを奪取したものと見るべきであること、②あらかじめ殺人と金品奪取の意図をもって、殺害と奪取が同時に行われるときはもとより、これと同視できる程度に日時場所が極めて密着してなされた場合も強盗殺人罪の成立を認めるべきであること、③このように解することは、強盗殺人（ないし強盗致死傷）罪が財産犯罪と殺傷犯罪のいわゆる結合犯であることや、法が事後強盗の規定を設けている趣旨にも合致すること、④本件の場合、もともと丙を殺害して覚せい剤を奪取する計画であったところ、後に計画を一部変更して覚せい剤を奪取した直後に丙を殺害することにしたが、殺害と奪取を同一機会に行うことに変わりはなく、右計画に従って実行していること」などの理由を説示して、乙（及び甲）に対しいわゆる1項強盗による強盗殺人未遂罪の成立を認め、これと結論を同じくする1審判決を支持しています。

これに対して、最高裁の法廷意見は、要旨「①について見ると、1、2審認定事実のみを前提とする限り、本件覚せい剤の取得行為が詐欺罪に当たるか、窃盗罪に当たるか断を下すことはできない。原判決が②において、殺害が財物奪取の手段となっているといえるか否かというような点に触れないで、両者の

時間的場所的密着性のみを根拠に強盗殺人罪の成立を認めるべきであるというのは、それ自体支持しがたいというほかないし、③で挙げられている結合犯のことや、事後強盗のことが、②のような解釈を採る根拠になるとは、到底考えられない。④で、もともとの計画が殺害して奪取するというものであったと指摘している点も、現に実行された右計画と異なる行為がどのような犯罪を構成するのかという問題の解決に影響するとは思われない。本件においては、乙が丙のいる303号室に赴き拳銃発射に及んだ時点では、甲らは本件覚せい剤を手中にして何ら追跡を受けることなく逃走しており、すでにタクシーに乗車して遠ざかりつつあったかも知れないというのであるから、その占有をすでに確保していたというべきであり、拳銃発射が本件覚せい剤の占有奪取の手段となっているとみことは困難であり、乙らが本件覚せい剤を強取したと評価することはできないというべきである。本件事実関係自体から、乙による拳銃発射行為は、丙を殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うものとされていたその代金の支払を免れるという財産上の不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる2項強盗による強盗殺人未遂罪に当たるといえるべきである。本件においては、先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるとせよ、本件事実関係にかんがみ、本件は、その罪と（2項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当である。」と判示し、原判決の理由付けは誤りであると指摘しました。

強盗罪が成立するためには、被害者の反抗が抑圧された状態で財物の占有が奪われたといえる場合、すなわち暴行・脅迫が財物の占有を奪取（確保を含む。）するための手段になっているという場合に限られます。したがって、財物の占有が確保される前の時点で、暴行・脅迫がなされたのであれば、強盗罪の成立を認めることはできないわけであり（前掲296頁）。この点は、学説上も異論がないところであります。原判決の②ないし④の理由付けは、アバウトで分析不十分といわれても仕方がないでしょう。「全体的に考察すると」、

「法規の趣旨に照らすと」、「総合すると」、という表現は使いやすく、便利なものですが、安易に使用すると、分析不十分の批判を免れないことがあります。①の理由付けについても、証拠を十分に分析しておらず、不完全な事実認定に基づく法的判断といわざるを得ないのであって、説得力がないように思われます。

なお、覚せい剤取得を窃盗罪又は詐欺罪に問う以上、その返還や代金相当額の支払を免れることにつき、更に2項強盗罪の成立を認めるのは同一の被害を二重に評価することになるから、手段の不法が暴行、脅迫等の罪を成立させるにすぎないとの見解がないわけではありませんが、これを認めるのが学説上も有力であるといえるでしょう（西田典之・刑法各論〔第4版〕164頁参照）。

次に、本件詐欺罪又は窃盗罪と2項強盗殺人未遂罪の罪数関係が問題となります。実務上は、罪数関係に悩む事例が少なくありません。併合罪とすると、併合加重の点で処断刑が重くなり、被告人に不利益となります。一罪とすると、併合加重をしない点で被告人には有利になりますが、その事実につき、有罪・無罪の実体判決又は免訴の判決が確定すると、一事不再理効により同一事件について再び審理することが許されず、誤って再び公訴事実の同一性の範囲内の事件について公訴が提起されたときは、免訴の判決を言い渡して手続を打ち切らなければならないため、検察官に不利益を課することになるからです。

安廣・前掲310頁では、「本件の事実関係としては、おそらく、覚せい剤の取得とその返還を免れることの法益面での密接な関連性、二つの行為の時間的場所的接性のほか、甲・乙が当初からこのような二つの行為に及ぶ意思であったことなどが考慮されて一罪にされたものと思われる。」と指摘されています。罪数関係については、「刑法54条1項前段の規定にいう1個の行為とは、法的評価を離れ構成要件の観点を捨象した自然的観察のもとで、行為者の動態が社会的見解上1個のものと評価を受ける場合をいうと解すべきである。」旨判示した最高裁昭和49年5月29日大法廷判決・刑集28巻4号114頁という指導的な判例がありますが、実務において、罪数関係を判断するときには、実体法的な

観点のみではなく、上記のような訴訟法的な観点からの考察も必要であると思われる。このように実務においては、分析と総合、多角的な見方、バランス感覚が必要となるわけであります。

## 5 実務と判例

実務においては、判例オンリー（only）などといわれるように、判例が重要視され、また、判例を読む際は、判決（決定）の要旨にとどまらず、判決（決定）文自体や、必要に応じて1、2審の判決をも読むようにいわれるのは、なぜでしょうか。

制定法主義を採る我が国においては、判例法主義の英米法に見られるような先例拘束性の原理、すなわち、裁判の先例（判例）は、絶対的拘束力をもち、より上級の裁判所の判例がより下級の裁判所を拘束するという原理は採られていません。我が国の場合、判例違反が刑事では上告理由となり（刑訴法405条2号、3号）、民事では上告受理の申立ての理由となります（民訴法318条1項）。また、判例変更は、大法廷による必要があります（裁判所法10条3号）。裁判所法4条は、「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する。」と規定していますが、それはあくまでも、個々の具体的事件における上級審の裁判の拘束力を規定したものであります。このように上級審、特に最高裁判例が、具体的事件を離れて、下級審に対する一般的な拘束力を認める規定はありません。判例は、事実上の拘束力をもつにすぎないというのが通説であります（もともと、最高裁の憲法判決は先例拘束性をもつと解する有力説もあります。佐藤幸治・憲法〔第3版〕27頁参照）。最高裁判例には、先例拘束性はないとしても、事実上の拘束性は認められます。最高裁判例の事案と同じような事件については、同判例と同一の処理がされるのが公正の観念に合致します。一方、具体的事件において、確定した最高裁判例に反する判断をし、最高裁で破棄差戻しになると、上級審と下級審の間で事件がキャッチボール状態になり、訴訟当事者に経済的、社会的負担を掛けるとも



に、迅速裁判に反する結果をもたらします。これが実務における判例中心の理由であります。したがって、判例自体において意見が分かれ、確定したとまではいえない不安定な判例や、最高裁の考え方に変化ないしその兆しが見られるときは、その新傾向を先取りすることは正当化されます（佐藤・前掲27頁）。

最高裁判例のないところでは、下級審の裁判例も法解釈の指導指針となります。判決は、訴訟当事者の意見（論告要旨、弁論要旨、控訴趣意書、答弁書、準備書面等。それらには、通常、裁判例や学説等の典拠《authority》が援用されています。）に十分検討を加えて下されるものであり、裁判所が訴訟当事者の主張を離れて全く独断で判断するものではないからであります。

英米法においては、判決理由（レイシオ・デシデンドイ《ratio decidendi》）と傍論（オビタ・ディクタム《obiter dictum》）の区別がされます。先例としての拘束力をもつのは、判決中のレイシオ・デシデンドイ（ratio decidendi）であって、判決の結論それ自体ではなく、その結論に至る上での直接必要とされる法律判断（理由付け）であります。そして、先例拘束性を排除するために、当面の事件と先例とを区別する（distinguish）ことが行われます。下級審は、この英米法に見られる区別（distinction）を通じて相当の創造性を発揮する余地をもつことになります。

我が国においても、判例の理解については、基本的に上記英米法の考え方を採用できると思います。まず、判例の前提をなす事実関係を把握し、判決理由と傍論を区別して、事実上の拘束力を有する判決理由を抽出し、判例の射程距離（判決理由の拘束力の範囲）を判断するという過程を採ることになります。事実関係（事実的基礎）が異なれば、判例は当該事案について適用されない。いわゆる区別する（distinguish）わけであります。判例集を見ると、判例違反の主張に対して、「所論引用の判例は、事案を異にし本件に適切でないから、判例違反の主張は前提を欠く」として、不適法処理されている判決（決定）がありますが、区別（distinction）の事例であります。

判例には、事例的判例（事例判例）と法律判断を示した判例（法規の解釈、



合憲性の判断等)があります。事例判例は、当該事案における事実認定が前提となりますから、一般的に、判例の射程距離は短くなります。また、確定判例(安定した判例)と不安定な判例の区別も必要です。前者は、最高裁で意見が分かれず全員一致によるものや、最高裁が従前から同旨の法律判断を示しているものであり、後者は、意見の分かれた判例であります。意見には、法廷意見(大法廷、小法廷を問わず、その法廷の多数を形成した意見)、補足意見(法廷意見の理由を補足するもの)、意見(結論は法廷意見と同じであります、理由付けが異なるもの)、反対意見(法廷意見と結論を異にするもの)がありますが、この反対意見が付された判決は、全員一致の判例よりも不安定な判例ということができます。判例の安定度、射程距離を考える場合には、反対意見の数、内容を慎重に検討する必要があります。

判例の読み方について、中村治朗元最高裁判事は、「判決において示された法律判断が、果たして真に判例というに値するものかどうか、またそれが判例としてどれほどの価値をもつかということは、その判示が、具体的事件の決定という全体的なわくの中で、しかもその事件全体の適切妥当な解決という目的を志向する全体活動の中で、その一部としてなされるものであるという特質を十分に踏まえたうえでこれを判断し、かつ、評価しなければならないということであります。先輩から、判例はただ要旨や当該判示部分だけを見てはだめで、判決全体を読まなければだめだとしばしば教えられましたが、それは一つには、判文の表現自体は必ずしも裁判所又は裁判官の意とするところを正確に、かつ、過不足なくあらわしたものであるということではできないので、その表現だけにたよることは危険であるとのいましめであると思いますが、そればかりでなく、今申したような裁判における法律判断の性格についても十分に注意すべきであるとの意味をも含んでいると思うのであります。ことに問題のある法律的理解を示した判例などについては、とりわけて判決全体を熟読し、事案全体をみ、かつ、その中で当該争点の占める地位や重要性を十分に考えながら、いわば立体的にこれを理解し、評価する必要があると思うのであります。」と述

べておられます。(中村治朗「判例について」司法研修所論集1976－Ⅱ14頁)。

先に提示した第2の問題の解答は、上記中村論文に尽きていると思います。

## おわりに

このところ、民事、刑事を問わず、新法の制定、法改正の動きが急であります。これらの立法の動向についても注意する必要があります。ここでは、平成21年5月までに実施される裁判員制度について若干説明いたします。裁判員制度は、平成16年5月に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(平成16年法律第63号)により設けられたものであり、一連の司法制度改革の中の「国民の司法参加」の目玉をなす制度であります。一般の国民の中から選ばれた裁判員が裁判官とともに一定の重大な犯罪に関する裁判を行うという制度であります。原則として6人の裁判員と3人の裁判官が合議体を構成し、有罪無罪を決定し、量刑を行うものですが、これらは裁判官及び裁判員の双方を含む合議体の員数の過半数の意見により決められます。裁判員裁判は、年間3000ないし4000件の事件が対象になると見込まれております(最高裁のホームページによりますと、平成18年の裁判員裁判対象事件は3111件、全国地方裁判所における刑事通常事件《第1審》の2.9%となっております。)。

裁判員裁判が始まれば、公判前整理手続により、争点の確定(絞り込み)、証拠の整理、審理計画の策定を行い、公判においては、連日的開廷による集中審理とともに、公判中心主義、口頭主義の見地から分かりやすい審理が要請されます。法廷で心証を形成することができるよう、公判では、証人尋問を中心にし、その尋問も簡潔でポイントを突いた、できるだけ短時間で終了するものになるよう工夫する必要があります。そのため、必然的に、検察官、弁護人は提出証拠の厳選、減量化を図ることが必要となり、審理・判決も、従前のような「精密司法」から、「核心司法」に変わっていくことが必定であります。この裁判員裁判における審理・判決の変化が、裁判員裁判の対象外の事件の審理・判決に影響を及ぼし、ひいては刑訴法等の解釈に変化をもたらすことが予

想されます。このような法解釈の変化や実務の変遷についても、注意を向けて勉強していただきたいと思います。

法曹を目指す皆様の御健闘を祈念して、この特別講義を終わらせていただきます。

（本稿は、平成20年3月1日に法科大学院において行なった特別講義に加筆したものである）